

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable

Colette-Basecqz, Nathalie

Published in:
Rev.dr.pén.crim.

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colette-Basecqz, N 2010, 'L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable: la jurisprudence « Antigoon » sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.dr.pén.crim.*, p. 324-335.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Jurisprudence

Cour européenne des droits de l'homme (2^e section),

28 juillet 2009

(requête n° 18704/05)¹

(*partim*)

Président: Ireneu Cabral Barreto, président

Pl.: M^e H. Rieder (barreau de Gand)

- **PREUVE** – obtention irrégulière – contrôle – art. 6 C.E.D.H. – Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines catégories de preuve, mais doit vérifier si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'illégalité de l'obtention des éléments de preuve au regard du droit interne.

Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut se demander si les droits de la défense ont été respectés: il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation et si les circonstances dans lesquelles cet élément a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude.

La jurisprudence de la Cour de cassation belge relative aux causes d'exclusion de la peine² laisse au juge un large pouvoir d'appréciation pour atténuer, voire le cas échéant effacer, les conséquences des irrégularités affectant l'obtention d'une preuve.

(*Lee Davies c/ Belgique*)

ARRÊT

(...)

Procédure

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 18704/05) dirigée contre le Royaume de Belgique et dont un ressortissant britannique, M. Lee Martin Davies («le requérant»), a saisi la Cour le 16 mai 2005 en vertu de l'article 34 de la

1 Cet arrêt est définitif.

2 Voy. notamment dans le numéro de juin 2005 de *cette Revue*, la note de jurisprudence de Ch. DE VALKENEER.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

(...)

3. Le requérant alléguait en particulier une violation de l'article 6, § 1 de la Convention, en raison du fait que les éléments de preuve ayant servi de base aux poursuites engagées contre lui avaient été recueillies de manière irrégulière.

(...)

En fait

I Les circonstances de l'espèce

5. Le requérant est né en 1959 et réside à (...) en Grande-Bretagne. Il exerce la profession de marchand d'antiquités.

6. Le 26 novembre 1998, la police de Furnes effectua un contrôle sur un terrain industriel. Ce terrain, qui s'avéra par la suite être loué par K. par l'intermédiaire de sa société, était clôturé et uniquement accessible par une porte individuelle, qui était ouverte. Il se composait de plusieurs baraques et d'un bâtiment principal comportant des sanitaires et un bureau. En faisant le tour du terrain, les policiers aperçurent deux personnes en train de charger des caisses dans un camion immatriculé en Grande-Bretagne. Ils tentèrent sans succès de joindre le responsable du centre industriel afin de savoir si le terrain faisait l'objet d'une location et décidèrent alors d'aller voir de plus près ce qui s'y passait. Lorsque les policiers se furent rapprochés, une seule personne, B. (qui s'avéra par la suite être le chauffeur du camion), se trouvait encore à côté du véhicule et prétendit ne pas connaître la seconde personne, ni savoir ce que les cartons contenaient. À la recherche de cette dernière, les policiers pénétrèrent dans une des baraques attenantes au bâtiment principal et y trouvèrent de nombreuses caisses ainsi qu'une voiture immatriculée en France, dont le moteur était encore chaud. Ils ouvrirent une des boîtes et constatèrent qu'elle comportait des paquets de tabac. La porte séparant la baraque du bâtiment principal était fermée, mais les policiers trouvèrent une clé dans une veste et y pénétrèrent. Ils y trouvèrent K., ainsi que le requérant, dans les toilettes. Devant le refus des deux intéressés de révéler le contenu des cartons se trouvant à l'arrière de la voiture, les policiers demandèrent au requérant d'en ouvrir un. Ils constatèrent qu'il contenait du cannabis. Ils découvrirent en tout 25 paquets de marijuana et 25 paquets de 225 grammes de haschich.

7. Par la suite, un chien policier réagit en reniflant la voiture immatriculée en France. L'enquête permit de déterminer que cette voiture avait été achetée par G. à la demande du requérant et grâce à l'argent de ce dernier, qui en possédait une clé. Selon G., l'intention du requérant était de ne pas attirer l'attention en circulant

avec une voiture immatriculée en Grande-Bretagne. G. avait par ailleurs acheté de grandes quantités de tabac au Luxembourg.

8. L'enquête établit que K. avait fait appel à un ami, R., pour le transport de la marchandise et que ce dernier avait engagé B. comme chauffeur. Une information policière émanant de Grande-Bretagne laissa apparaître que R. y était soupçonné de trafic de drogues et de recel de biens volés.

9. Le requérant et K. furent poursuivis, en qualité de coauteurs, pour des faits de trafic de stupéfiants avec association de malfaiteurs.

10. Par un arrêt du 29 mai 2001, le tribunal correctionnel de Furnes acquitta les prévenus au motif que les preuves avaient été obtenues de manière illicite.

11. Le ministère public interjeta appel et fit valoir que les policiers avaient agi dans le cadre de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police selon laquelle les fonctionnaires de police peuvent toujours pénétrer dans les «lieux accessibles au public» ainsi que dans les «biens immeubles abandonnés», afin de veiller au maintien de l'ordre public et au respect des lois et des règlements de police (article 26 de la loi du 5 août 1992). Le ministère public se prévalut également de la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal qui attribue aux policiers des compétences en cas de flagrant délit.

12. Dans ses conclusions, le requérant fit valoir que les poursuites étaient nulles au motif qu'elles reposaient sur des éléments de preuves irréguliers, car trouvant leur source dans une perquisition illégale. Selon le requérant, les lieux en cause devaient être considérés comme son «domicile» au sens de l'article 8 de la Convention et non comme un «bien immeuble abandonné» ou un «lieu accessible au public». Il contesta également l'existence d'un flagrant délit.

13. Par un arrêt du 16 juin 2004, la cour d'appel de Gand condamna le requérant à une peine d'emprisonnement de deux ans, dont un avec sursis, et à une amende de 9.916 euros.

14. La cour d'appel effectua une distinction entre les différents lieux visités par les policiers, soit, d'une part, le terrain clôturé qui entoure les bâtiments du complexe industriel et, d'autre part, le hangar n° 2 de ce complexe et le bâtiment principal. En ce qui concerne le premier, la cour d'appel jugea qu'il constituait un lieu accessible au public. Par conséquent, les policiers avaient régulièrement agi lorsqu'ils étaient intervenus autour des bâtiments, lorsqu'ils avaient aperçu les deux personnes occupées à charger le camion, et enfin lorsqu'ils avaient interpellé le chauffeur et avaient constaté que la deuxième personne avait disparu et que la lumière du hangar n° 2 était éteinte. Elle examina ensuite si les policiers avaient régulièrement agi en pénétrant dans le hangar et le bâtiment commun. Or, ces bâtiments ne constituaient pas un domicile au sens de l'article 15 de la Constitution. La cour d'appel estima, par contre, que ces bâtiments ne pouvaient pas être considérés comme «accessibles au public», au sens de l'article 26 de la loi du 5 août 1992 sur la

fonction de police dès lors que le hangar n° 2 n'était accessible que par une porte individuelle. Il importait peu que la porte ait été ouverte ou non au moment de l'arrivée des policiers. Il en allait d'autant plus ainsi en ce qui concernait le bâtiment principal fermé à clef. La cour d'appel jugea également que ces lieux ne pouvaient être considérés comme des « biens immeubles abandonnés » au sens de la même loi.

15. La cour d'appel rejeta l'argument du ministère public selon lequel la perquisition aurait été légalement fondée sur l'article 3 de la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal. Elle conclut que la perquisition du hangar n° 2 et du bâtiment principal était irrégulière.

16. Constatant que la loi n'attachait aucune sanction spécifique à ces irrégularités, la cour d'appel jugea, qu'en l'espèce, les irrégularités ayant conduit à la découverte des faits n'avaient pas eu de conséquence quant à la valeur des éléments de preuve recueillis. Les prévenus avaient pu exercer leurs droits de la défense dans le respect du principe du contradictoire. Partant, les éléments recueillis, les constatations faites et l'enquête qui s'ensuivit n'avaient pas eu d'incidence sur leur droit à un procès équitable.

17. Enfin, la cour d'appel précisa que les faits commis en l'espèce constituaient des infractions qui entachaient gravement l'ordre juridique – d'une gravité telle qu'ils dépassaient de loin les irrégularités alléguées, vu que ces méfaits, commis dans un pur but de lucre, avaient conduit à un trafic important de produits stupéfiants, qui portait gravement atteinte à la santé des consommateurs, à l'ordre social et à la sécurité, alors que – malgré les irrégularités commises dans l'obtention de la preuve – les droits visés à l'article 8 de la Convention avaient, d'une manière ou d'une autre, été respectés.

18. Le requérant se pourvut en cassation contre cet arrêt.

19. Il invoqua notamment la violation des articles 6 et 8 de la Convention et fit valoir la même argumentation que celle développée dans le cadre de la présente requête.

20. Par un arrêt du 16 novembre 2004³, la Cour de cassation rejeta le pourvoi notamment dans les termes suivants :

« Attendu qu'il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit un procès équitable, ni de l'article 8 de cette Convention, qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un droit fondamental garanti par la Convention précitée ou par la Constitution, n'est jamais admissible ;

3 N.D.L.R. : Cass., 16 novembre 2004, P.04.1127.N, *Pas.*, n° 550, avec concl. min. publ., *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 665.

Attendu que, sauf dans le cas où une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même les conséquences juridiques de la méconnaissance d'une formalité prescrite par la loi relative à l'obtention de la preuve, le juge décide quelles sont les conséquences de cette irrégularité; que la circonstance que la formalité dont la méconnaissance est constatée, concerne un des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par les articles 12, alinéa 2, et 15 de la Constitution, n'y déroge pas.»

II Le droit et la pratique internes pertinents

A La législation pertinente

21. L'article 15 de la Constitution belge garantit l'inviolabilité du domicile. Cette disposition précise également qu'aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit. La Cour de cassation de Belgique a défini la notion de domicile, au sens de cette disposition constitutionnelle, dans les termes suivants:

«(...) le lieu, en ce compris les enclaves propres y encloses, occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence réelle et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et plus généralement de sa vie privée»⁴.

22. Le législateur belge a prévu la possibilité pour les fonctionnaires de police de pénétrer dans tous les lieux accessibles au public. Ce principe est consacré à l'article 26 de la loi du 5 août 1992 relative à la fonction de police, rédigé comme suit:

«Les fonctionnaires de police peuvent toujours pénétrer dans les lieux accessibles au public ainsi que les biens immeubles abandonnés, afin de veiller au maintien de l'ordre public et au respect des lois et des règlements de police.

Ils peuvent toujours pénétrer en ces mêmes lieux afin d'exécuter des missions de police judiciaire.

Dans le respect de l'inviolabilité du domicile, ils peuvent visiter les établissements hôteliers et autres établissements de logement. Ils peuvent se faire présenter par les propriétaires, tenanciers ou préposés de ces établissements, les documents d'inscription des voyageurs».

B La jurisprudence relative aux conséquences du constat d'une irrégularité commise dans l'obtention d'une preuve

23. Le principe de l'exclusion de la preuve irrégulière ou illégale a longtemps prévalu en droit belge. Déjà dans un arrêt du 12 mars 1923, la Cour de cassation a décidé qu'on ne saurait tenir compte de constatations faites en dehors des règles protectrices de l'inviolabilité du domicile⁵. Cette jurisprudence a été confirmée par

⁴ N.D.L.R.: Cass., 23 juin 1993, *Pas.*, n° 303.

⁵ Cass., 12 mars 1923, *Pas.*, 1923, I, pp. 233 et 234.

un arrêt du 4 mars 1929⁶ et, par la suite, à plusieurs reprises⁷. La Cour de cassation a, en outre, décidé que le juge du fond ne pouvait pas se borner à écarter des débats la preuve illégalement obtenue, mais devait également exclure toutes les preuves qui en sont la conséquence directe ou indirecte⁸. Dans le même sens, selon l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, lorsque le juge constate que l'action publique est fondée sur une illégalité, il devait constater l'irrecevabilité des poursuites⁹.

24. Dans un arrêt du 13 mai 1986, la Cour de cassation a, par ailleurs, considéré que la règle de l'exclusion s'imposait pour les preuves obtenues par un acte inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense, et cela même si cet acte n'est pas expressément interdit par la loi¹⁰. La doctrine et la jurisprudence ont donc plus généralement utilisé la notion de preuve irrégulière et non plus de preuve illégale.

25. Lorsque le législateur n'a pas expressément prévu que la formalité est prescrite à peine de nullité, la doctrine et la jurisprudence considéraient, jusqu'il y a peu, que seule la violation d'une formalité dite «substantielle» entraîne l'irrégularité de la preuve et, partant, son exclusion. Il revenait donc au pouvoir judiciaire de déterminer les formalités entraînant l'irrégularité de la preuve. Or, il n'existait pas de critères précis permettant de distinguer les formalités substantielles des autres. Selon la doctrine, les formalités doivent être qualifiées de substantielles lorsque leur respect apparaît «impérieux pour garantir une bonne administration de la justice» ou, encore, lorsqu'elles sont «indispensables pour que l'acte puisse remplir sa fonction».

26. Par un arrêt du 14 octobre 2003, la Cour de cassation a fondamentalement modifié sa jurisprudence antérieure. Dorénavant, la circonstance qu'un élément de preuve ait été recueilli de manière irrégulière a pour seule conséquence que le juge ne peut prendre cet élément en considération, ni directement, ni indirectement, lorsqu'il forme son intime conviction:

- soit lorsque le respect des conditions de forme déterminées est prescrit à peine de nullité;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve;

⁶ Cass., 4 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, pp. 118 à 120.

⁷ Cass., 3 février 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 30; Cass., 6 mars 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 237; Cass., 24 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, pp. 334 et 335; Cass., 2 septembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 488; Cass., 13 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, pp. 52 et 53; Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, pp. 272 à 274; Cass., 15 février 1965, *Pas.*, 1965, I, pp. 601 à 605; Cass., 10 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, pp. 952 et 953.

⁸ Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, pp. 272-274; Cass., 18 avril 1985, *J.T.*, 1985, I, p. 421; Cass., 13 mai 1986, p. 35, I, p. 1107, 1986, p. 905; Cass., 16 juin 1987, *Pas.*, 1987, p. 627; Cass., 6 mai 1993, *R.W.*, p. 382, note de A. DE NAUW et M. VANDEBOTERMET, «Het ritueel bad dat van zonden zuivert en voor straffen behoedt»; Cass., 4 janvier 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 185; Cass., 9 décembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1441; Cass., 16 septembre 1998, *J.T.*, 1998, p. 656.

⁹ Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, pp. 1102 et 1103.

¹⁰ Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, I, p. 1107, *Rev. dr. pén.*, 1986, p. 905.

- soit lorsque l'utilisation de la preuve est incompatible avec le droit à un procès équitable.

27. Dans toutes les autres hypothèses, le juge n'est nullement tenu d'exclure la preuve obtenue irrégulièrement. Il lui appartiendra, souverainement, d'apprécier la conséquence de cette irrégularité.

28. Le 23 mars 2004, la Cour de cassation a précisé sa jurisprudence à l'occasion d'un pourvoi en cassation formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel d'Anvers, dans les termes suivants :

« Attendu que, hormis l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 2 et 16 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui interdisent l'usage d'informations ou d'aveux obtenus de telle manière, les articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantissent le droit à un procès équitable, laissent au droit national le pouvoir de régir l'administration de la preuve et les moyens de preuve en matière répressive.

Attendu qu'en droit belge, l'usage d'une preuve que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions ou le dénonciateur ont obtenue en vue de l'administration de cette preuve, ensuite d'une infraction, en violation d'une règle du droit de la procédure pénale, ensuite d'une violation du droit à la vie privée, en violation des droits de la défense ou en violation du droit à la dignité humaine, n'est en principe pas autorisé.

Que, cependant, le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que dans les seuls cas suivants :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

Attendu qu'il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise.

Attendu que, lors de cette appréciation, le juge peut prendre en considération notamment la circonstance ou l'ensemble des circonstances suivantes :

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction¹¹ ».

11 Cass., 23 mars 2004 (P.040012N).

29. Par un arrêt du 16 novembre 2004, rendu dans une affaire autre que celle du requérant, la Cour de cassation a affirmé qu'il ne ressortait ni de l'article 6, ni de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni d'aucune disposition légale ou constitutionnelle, qu'une preuve recueillie en violation de ces normes serait toujours inadmissible. La Cour a confirmé ensuite sa jurisprudence dans les termes suivants :

« Attendu que, hormis quand une disposition légale ou un traité international prévoit lui-même les conséquences de la méconnaissance d'une formalité légale concernant l'obtention d'une preuve, le juge décide des conséquences qu'implique cette irrégularité que la circonstance que la formalité dont la méconnaissance est constatée se rapporte à un droit fondamental garanti par les articles 6 et 8, alinéa 2, de la C.E.D.H. et les articles 12, alinéa 2 et 15 de la Constitution n'enlève rien à ce principe »¹².

En droit

I Sur la violation alléguée de l'article 6, § 1 de la Convention

30. Le requérant allègue qu'il n'a pas bénéficié d'un procès équitable, car les éléments de preuve qui ont servi de base aux poursuites contre lui ont été recueillis de manière irrégulière. Il invoque l'article 6, § 1 de la Convention, qui dans sa partie pertinente dispose :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

A Sur la recevabilité

31. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35, § 3 de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B Sur le fond

32. Le Gouvernement relève que le grief soulevé par le requérant pose en soi la question de la compatibilité de la jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique avec la garantie du droit à un procès équitable.

33. Le Gouvernement se prévaut de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Khan c. Royaume-Uni* (n° 35394/97, § 38, C.E.D.H. 2000-V), dans laquelle, en dépit du constat de violation de l'article 8 de la Convention, la Cour a conclu que le requérant avait bénéficié d'un procès équitable dès lors qu'il avait, au cours du

¹² Cass., 16 novembre 2004 (P.040644N).

procès, pu librement contredire tous les éléments de preuve, même obtenus en violation de son droit à la vie privée. Il tire comme conclusion qu'il n'y a pas de nécessaire corrélation entre la violation du droit à la vie privée lors de la recherche de la preuve et la garantie du droit à un procès équitable.

34. Le Gouvernement rappelle que la Cour a par la suite confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* (n° 44787/98, C.E.D.H. 2001-IX) et aussi dans l'arrêt *Allan c. Royaume-Uni* (n° 48539/99, C.E.D.H. 2002-IX), quoique dans cette dernière affaire elle a considéré que le droit à un procès équitable du requérant avait été violé, mais pour d'autres motifs que ceux évoqués dans la présente requête.

35. Le Gouvernement souligne que la question fondamentale qu'il convient de se poser pour vérifier si le requérant a bénéficié ou non d'un procès équitable consiste à examiner s'il a eu la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de contredire cet élément. Or, cela n'est pas contesté en l'espèce. Par ailleurs, les irrégularités constatées n'ont pas été de nature à remettre en cause la fiabilité ou l'exactitude des constatations faites par les policiers. La cour d'appel de Gand a également procédé à un examen de proportionnalité des intérêts en cause avant de juger que ces intérêts mis en cause en raison de l'ampleur du trafic découvert étaient supérieurs à l'illégalité alléguée.

36. Enfin, le Gouvernement affirme qu'il n'y a aucun automatisme en ce qui concerne l'admissibilité des éléments de preuve irrégulièrement obtenus. Le principe demeure l'exclusion de la preuve entachée d'irrégularité surtout lorsqu'une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même que la méconnaissance d'une formalité relative à l'obtention d'une preuve est prescrite à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, soit lorsque l'utilisation de la preuve est incompatible avec le droit à un procès équitable.

37. Le requérant rétorque que, d'une part, la cour d'appel de Gand a indûment décidé que l'entrepôt et les parties communes de l'immeuble ne constituaient pas un domicile au sens de la Convention, que les droits des citoyens visés par les articles 8 de la Convention et 17 du Pacte international des droits civils et politiques avaient été garantis et que, d'autre part, la Cour de cassation a indûment décidé que, compte tenu du fait que la Convention ne prévoit aucune sanction en cas de constatation d'une violation des règles énoncées par ses articles 6 et 8, le juge décide arbitrairement quelles seront les suites de la violation.

38. Le requérant prétend que la nature de l'illégalité commise par la police lors de la saisie des seuls éléments de preuve à son encontre consistait dans le fait que, sans qu'une loi particulière l'autorise, la police avait pénétré dans un lieu protégé par l'article 8 de la Convention et sans mandat délivré conformément au droit national. C'était à l'occasion de cet acte illégal qu'ont été trouvées les seules preuves contre le requérant.

39. Le requérant se prévaut de l'opinion de la minorité de la Cour dans les arrêts *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, et *Khan* précité, pour affirmer que la Cour ne saurait considérer une procédure comme équitable alors que l'État a constaté une violation d'un autre article de la Convention, en l'occurrence l'article 8. Selon lui, seules les constatations illégales de la police ont conduit au verdict de la culpabilité dans l'arrêt de la cour d'appel.

40. La Cour rappelle qu'elle a pour seule tâche, aux termes de l'article 19 de la Convention, d'assurer le respect des engagements résultant pour les États contractants de la Convention. Il ne lui appartient pas, en particulier, de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne (*Schenk*, précité, § 45; *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, § 34, *Recueil* 1998-IV; *Jalloh c. Allemagne* ([GC], n° 54810/01, 11 juillet 2006, §§ 94-96).

41. La Cour n'a donc pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines catégories d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne, ou encore sur la culpabilité du requérant. Elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'«illégalité» en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation (voir, notamment, *Khan* précité, § 34; *P.G. et J.H.*, précité, § 76; *Heglas c. République tchèque*, n°5935/02, §§ 89-92, 1^{er} mars 2007; *Allan*, précité, § 42).

42. Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (voir, notamment, les arrêts *Khan* et *Allan* précités, respectivement §§ 35 et 37, et § 43).

43. Dans l'arrêt *Bykov c. Russie* ([GC], n° 4378/02, §§ 95-96 et 104, C.E.D.H. 2009-...), la Cour a jugé que la procédure conduite dans l'affaire du requérant, considérée dans son ensemble, n'a pas méconnu les exigences d'un procès équitable, car le requérant avait eu la possibilité de dénoncer l'opération secrète, de même que tous les éléments qu'elle avait permis de recueillir, au cours de débats contradictoires devant la juridiction de première instance et dans ses moyens d'appel. Elle a relevé que les tribunaux avaient abordé chacun des arguments du requérant et les avaient

rejetés par des décisions motivées et le requérant ne s'était pas plaint de la procédure par laquelle les tribunaux s'étaient prononcés sur l'admissibilité des preuves. Elle a en outre observé que pour condamner le requérant, la juridiction interne ne s'était pas seulement appuyée sur l'enregistrement litigieux, mais aussi sur les éléments matériels obtenus grâce à l'opération secrète montée par la police.

44. La Cour souligne que, dans toutes les affaires susmentionnées, les preuves recueillies en méconnaissance du droit interne l'étaient aussi en méconnaissance de l'article 8 de la Convention lui-même.

45. En revanche, la Cour a jugé que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention, notamment l'article 3 de celle-ci. Dans les affaires *Jalloh* précité et *Göcmen c. Turquie* (n° 72000/01, 17 octobre 2006), la Cour a jugé que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain et dégradant compromettrait le caractère équitable du procès.

46. La Cour considère que la présente espèce diffère des autres, et en particulier de celles où était en cause de surcroît une méconnaissance de l'article 8 de la Convention.

47. La Cour note que la jurisprudence belge en la matière, qui semble bien établie et sur laquelle se fondaient les arrêts de la cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation en l'espèce, laisse au juge un large pouvoir d'appréciation pour atténuer voire, le cas échéant, effacer les conséquences des irrégularités affectant l'obtention d'une preuve.

48. La Cour relève que, dans le cadre de cette appréciation, le tribunal correctionnel de Furnes acquitta le requérant au motif que les preuves avaient été obtenues de manière illicite.

49. La cour d'appel, quant à elle, s'est livrée à un examen minutieux de la configuration des lieux pour se prononcer sur la question de savoir s'il y avait ou non violation de domicile. Elle a effectué une distinction entre les différents lieux visités par les policiers, soit, d'une part, le terrain clôturé qui entourait les bâtiments du complexe industriel et, d'autre part, le hangar n° 2 de ce complexe et le bâtiment principal. En ce qui concerne le premier, la cour d'appel a jugé qu'il constituait un lieu accessible au public. Par conséquent, les policiers avaient régulièrement agi lorsqu'ils étaient intervenus autour des bâtiments, lorsqu'ils avaient aperçu les deux personnes occupées à charger le camion, et enfin lorsqu'ils avaient interpellé le chauffeur. Elle a examiné ensuite si les policiers avaient régulièrement agi en pénétrant dans le hangar et le bâtiment commun. Or ces bâtiments ne constituaient pas un domicile au sens de l'article 15 de la Constitution. La cour d'appel a estimé, par contre, que ces bâtiments ne pouvaient pas être considérés comme «accessibles au public», au sens de l'article 26 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police dès lors que le hangar n° 2 n'était accessible que par une porte individuelle. La cour

d'appel a également jugé que ces lieux ne pouvaient être considérés comme des «biens immeubles abandonnés», au sens de la même loi.

50. Sur base de ces constatations, la cour d'appel a conclu que la perquisition du hangar n° 2 et du bâtiment principal était irrégulière, mais que cette irrégularité n'avait pas eu de conséquences sur la valeur des éléments recueillis, car la loi n'attachait aucune sanction spécifique à cette irrégularité. Elle a, en outre, souligné que les infractions commises étaient d'une telle gravité qu'elles dépassaient de loin les irrégularités commises dans l'obtention de la preuve et que les droits visés à l'article 8 de la Convention avaient, d'une manière ou d'une autre, été respectés (§§ 16-17 ci-dessus).

51. Toutefois, la Cour ne perd pas de vue le fait qu'en pénétrant dans le hangar, lieu dans lequel le requérant ne résidait pas ni n'exerçait du reste son activité professionnelle, les policiers ont constaté un flagrant délit. Cette opération de la police, dont la régularité peut certes prêter à critique, et les éléments de preuve recueillis à cette occasion ont fondé la condamnation du requérant.

52. À cet égard, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, ce qui compte en pareil cas pour déterminer l'équité de la procédure, c'est la question de savoir si les droits de la défense ont été respectés. La Cour examine notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve obtenu illégalement et de s'opposer à son utilisation. Lorsque la qualité de cet élément de preuve est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (*Bykov* précité, § 90).

53. Or, en l'espèce, les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été recueillis ne font aucunement douter de leur fiabilité ou de leur exactitude. De plus, le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester devant trois degrés de juridiction les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation, au sens de la jurisprudence précitée de la Cour.

54. Ainsi, la Cour considère que le bien-fondé de l'accusation pénale contre le requérant a été examiné équitablement, comme l'exige l'article 6, § 1, et qu'il n'y a donc pas eu violation de cet article.

II Sur la violation alléguée des articles 8 et 14 de la Convention

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Déclare* la requête recevable quant au grief tiré de l'article 6, § 1 de la Convention et irrecevable pour le surplus;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, § 1 de la Convention.

NOTE

L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable: la jurisprudence «Antigoon» sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme

1. L'arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 traite de la question de l'admissibilité des preuves irrégulières en matière pénale au regard du droit à un procès équitable. Le requérant, un dénommé Lee Martin Davies, alléguait notamment une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il se plaignait de ce que les éléments de preuve ayant servi de base aux poursuites pénales intentées contre lui avaient été recueillis de manière irrégulière. Dans la mesure où c'est à l'encontre de l'État belge que le grief était formulé, la Cour européenne a eu ainsi l'occasion de se prononcer, pour la première fois, sur la compatibilité ou non de l'évolution de la jurisprudence belge en matière de preuves irrégulières avec le droit à un procès équitable.

2. Pour rappel, la Cour de cassation, dans son arrêt du 14 octobre 2003¹, dénommé arrêt «Antigoon» du nom de l'opération policière à l'origine de l'affaire, avait amorcé un revirement² par rapport à sa jurisprudence antérieure qui excluait, en principe, les preuves illégales ou irrégulières³. Cette exclusion consistait à écarter des débats non seulement l'élément de preuve entaché d'illégalité ou d'irrégularité, mais aussi toutes les preuves qui en découlaient directement ou indirectement. Dans le même sens, l'action publique était déclarée irrecevable lorsque les poursuites reposaient sur une telle illégalité ou irrégularité. La notion de preuve irrégulière a été utilisée pour viser les actes inconciliables avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense, même s'il ne s'agissait pas d'actes expressément interdits par la loi.

La jurisprudence belge avait déjà, depuis 1990, assoupli cette règle de l'exclusion des preuves irrégulières en admettant, dans un premier temps, les preuves recueil-

¹ Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617, avec les conclusions de l'avocat général M. DE SWAEF, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note F. KUTY, *R.W.*, 2003-2004, p. 814, *T. Straffr.*, 2004, p. 129, obs. Ph. TRAEST; F. SCHUERMANS, «Ook de onrechtmatige voertuigzoeking kan dienen als geldig bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003», *Vigiles*, 2004/1, pp. 16-27.

² M.-A. BEERNAERT, «La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites», note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1096-1109; J. DE CODT, «Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle», *J.T.*, 2008, pp. 650-654; J. DE CODT, «Preuve pénale et nullités», *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 634-666; Ch. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 58-66; F. KUTY, «La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale», *La preuve. Questions spéciales*, C.U.P., vol. 99, 2008, pp. 7-62.

³ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 1040-1042; F. KUTY, «Le droit de la preuve à l'épreuve des juges», *J.T.*, 2005, pp. 349-355.

lies de façon irrégulière par des particuliers⁴, ensuite en distinguant les notions de dénonciation et de preuve⁵.

Depuis cet arrêt «Antigoon», la règle de l'inadmissibilité de principe des preuves irrégulières est inversée. Désormais, l'exclusion des preuves dérivées de manière directe ou indirecte d'une illégalité ou irrégularité quelconque ne s'applique automatiquement que dans trois hypothèses, à savoir les cas de violations de formes prescrites à peine de nullité⁶, les situations où l'irrégularité a entaché la fiabilité de la preuve, et enfin les preuves irrégulières dont l'usage compromettrait le droit à un procès équitable⁷. Dans tous les autres cas, le juge n'est pas tenu d'exclure la preuve irrégulière. Il lui appartient de se prononcer souverainement sur les conséquences qu'implique cette irrégularité.

Postérieurement à cet arrêt, la Cour de cassation a été amenée à préciser sa jurisprudence, tout en la confirmant⁸. Elle a estimé qu'il ne résultait pas des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 12 et 15 de la Constitution que la preuve obtenue en méconnaissance de l'un de ces droits fondamentaux serait toujours inadmissible⁹. Elle a notamment indiqué que, dans son appréciation, le juge peut notamment prendre en considération les circonstances suivantes: le caractère intentionnel ou non de l'acte illicite commis par l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions, le fait que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction¹⁰, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou encore le fait que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée. Relevons que les deux chambres (francophone et néerlandophone) de la Cour se sont alignées sur ce revirement de jurispru-

⁴ La Cour de cassation avait estimé que l'exclusion de la preuve illicite dépendait de la qualité et des intentions de la personne qui se trouvait à l'origine de l'illégalité ou de l'irrégularité commise. Voy. Cass., 17 janvier 1990, *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 653, *R.W.*, 1990-1991, p. 463, note L. HUYBRECHTS; Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 94, note Ch. DE VALKENEER.

⁵ La Cour de cassation avait ensuite considéré que l'illicéité avec laquelle le dénonciateur a pris connaissance de l'infraction n'affectait pas nécessairement la régularité de la preuve recueillie ultérieurement grâce à la dénonciation. Voy. Cass., 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 489, note F. KUTY, *R. Cass.*, 1996, p. 151, note Ph. TRAEST, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 118.

⁶ Il n'existe, dans le Code d'instruction criminelle, que très peu de formalités prescrites à peine de nullité (par exemple concernant l'audition de témoins sous couvert d'anonymat complet, d'écoutes téléphoniques, ...).

⁷ Sur ces trois causes d'exclusion de l'arrêt «Antigoon», voy. F. KUTY, «Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation», *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 78-89; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafrecht*, 4^e éd., Antwerpen, Maklu, 2007, pp. 883-888.

⁸ Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 500, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1061, obs. F. SCHUERMANS, *Vigiles*, 2004, p. 166, obs. F. SCHUERMANS; Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N et P.04.1127.N; Cass., 2 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 668, note Ch. DE VALKENEER, *J.T.*, 2005, p. 211, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT, *Journ. Proc.*, 2005, n° 499, obs. Ph. TOUSSAINT; Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109; Cass., 8 novembre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 672, *R.A.B.G.*, 2006, p. 928, note S. BERNEMAN, *T. Straf.*, 2006, p. 85; Cass., 31 octobre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 616, *T. Straf.*, 2007, p. 53, note J. VAN GAEVER et F. SCHUERMANS, *N.C.*, 2007, p. 62; Cass., 21 novembre 2006, R.G. n° P.06.0806.N.

⁹ Cass., 16 novembre 2004, *op. cit.*

¹⁰ Cass., 23 mars 2004, *op. cit.*

dence¹¹. Notons en outre que ces mêmes critères d'appréciation des preuves irrégulières s'imposent aussi devant la chambre de mises en accusation lorsqu'elle contrôle la régularité de la procédure¹².

La jurisprudence belge, depuis cet arrêt « Antigoon », laisse ainsi un large pouvoir d'appréciation au juge pour décider des conséquences à réserver aux preuves irrégulières¹³⁻¹⁴. Cette appréciation sera soumise *in fine* à la censure de la Cour de cassation qui pourrait casser une décision « qui écarte une preuve illégale, par exemple une perquisition irrégulière, sans s'interroger au préalable, en fonction des critères énoncés ci-dessus, sur l'incidence de l'irrégularité sur le droit à un procès équitable »¹⁵.

L'arrêt du 14 octobre 2003 de la Cour de cassation fut prononcé sur les conclusions conformes du procureur général de Swaef, alors avocat général. Les conclusions de celui-ci fournissent des précisions sur les raisons, au demeurant pragmatiques, de ce revirement de jurisprudence. Il y est notamment fait état de nouvelles formes de criminalité, de la nécessité sociale d'une répression efficace, ...¹⁶

Il ressort de cette jurisprudence « Antigoon » que les cas où les preuves irrégulières seront écartées des débats risquent malheureusement de se raréfier¹⁷.

3. Les faits à l'origine du recours formé à Strasbourg sont relatifs à un trafic de drogue pour lequel une condamnation pénale est intervenue, fondée sur des éléments de preuve recueillis au cours d'une opération de police irrégulière. Un ressortissant britannique, Lee Davies, avait remis de l'argent à un certain G. et lui avait demandé d'acheter un véhicule en France, afin de pouvoir circuler plus discrètement qu'avec un véhicule immatriculé en Grande-Bretagne; Lee Davies en possédait ainsi une clé. G. acheta par ailleurs de grandes quantités de tabac au Luxembourg. Un comparse de Lee Davies, K., fit appel à un ami, R., pour le transport de la marchandise; ce dernier engagea B. comme chauffeur. En 1998, lors d'un contrôle effectué par la police belge sur un terrain industriel loué par K. (la

¹¹ C'est à l'occasion de l'arrêt « Manon » (Cass., 2 mars 2005, *op. cit.*) que la section francophone de la Cour de cassation a adopté des principes similaires à la jurisprudence néerlandophone de ladite Cour.

¹² Cass., 4 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 110, note B. SMET.

¹³ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5^e éd., Bruges, La Chartre, 2008, p. 1437; R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 854-855; Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, p. 1126.

¹⁴ Il est à noter que dans l'affaire dite de la « KB-Lux », le Tribunal correctionnel de Bruxelles, dans un jugement frappé d'appel (Corr. Bruxelles (49^e ch.), 8 décembre 2009, *J.T.*, 2010, pp. 6-13), a estimé que les poursuites étaient irrecevables en raison des nombreuses irrégularités affectant les preuves; la sanction des preuves irrégulières a été fixée par le tribunal en application des critères dégagés par la jurisprudence « Antigoon ». En outre, pour conclure au caractère inéquitable de la procédure, le tribunal correctionnel s'est fondé sur les critères d'appréciation de l'atteinte irrémissible portée aux droits de la défense des prévenus, dégagés par l'arrêt « Heglas » de la Cour européenne (C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02, 1^{er} mars 2007, <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/HUDOC>).

¹⁵ J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, p. 639.

¹⁶ Conclusions de M. l'avocat général DE SWAEF, sous Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, pp. 617-623.

¹⁷ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1051.

porte y donnant accès étant ouverte), les policiers aperçurent deux personnes occupées au chargement de caisses dans un camion immatriculé en Grande-Bretagne. N'arrivant pas à joindre le responsable du centre industriel, ils décidèrent d'aller voir de plus près ce qui s'y passait. Ils y rencontrèrent B. qui prétendit ne pas connaître l'autre personne et ignorer le contenu des caisses. Partant à la recherche de cette deuxième personne, les policiers pénétrèrent dans une des baraques attenantes au bâtiment principal, y découvrirent la voiture immatriculée en France dont le moteur était encore chaud, ouvrirent une caisse et remarquèrent qu'elle contenait des paquets de tabac. Avec les clés qu'ils prirent dans la poche d'une veste se trouvant dans la baraque, ils ouvrirent la porte du bâtiment principal. Ils y surprirent, dans les toilettes, K. ainsi que Lee Davies. Devant le refus des deux intéressés de révéler le contenu des cartons se trouvant à l'arrière de la voiture, les policiers demandèrent à Lee Davies d'en ouvrir un; il contenait du cannabis. En tout, 25 paquets de marijuana et 25 paquets de haschich furent découverts.

Lee Davies et K. furent poursuivis, en qualité de coauteurs, pour trafic de stupéfiants et association de malfaiteurs. En première instance, le tribunal correctionnel de Furnes les acquitta au motif que les preuves avaient été obtenues de manière illicite. Le ministère public releva appel de cette décision, invoquant plusieurs arguments. Il alléguait d'abord l'autorisation, en vertu de l'article 26 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, de pénétrer dans tous lieux accessibles au public ou biens immeubles abandonnés, afin de veiller au maintien de l'ordre public et au respect des lois et règlements de police. Il rappela aussi les compétences attribuées à la police en cas de flagrant délit par la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal. Lee Davies se défendait quant à lui en soutenant que les poursuites étaient nulles, car trouvant leur source dans une perquisition illégale. Selon lui, les lieux pouvaient être qualifiés de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il contesta par ailleurs l'existence d'un flagrant délit.

La cour d'appel de Gand condamna le requérant à une peine d'emprisonnement de deux ans, dont un avec sursis, et à une amende. Elle opéra une distinction entre les différents lieux visités par les policiers¹⁸. Le terrain clôturé qui entoure les bâtiments industriels (sur lequel furent aperçues les deux personnes occupées à charger les caisses dans le camion) a été considéré comme lieu accessible au public. Il en résultait que les policiers avaient agi légalement en interpellant le chauffeur du camion. Quant au hangar et au bâtiment principal, la cour d'appel considéra qu'il ne s'agissait pas d'un domicile au sens de l'article 15 de la Constitution. Cependant, elle ne les qualifia pas davantage de « lieux accessibles au public », dans la mesure où ce hangar n'était accessible que par une porte individuelle (peu importe qu'elle ait été ouverte ou non au moment des faits) et que le bâtiment principal était même fermé à clef. La cour d'appel n'admit pas davantage qu'il puisse s'agir de « biens immeubles abandonnés » au sens de la loi sur la fonction de police. En conséquence, la cour d'appel reconnut que la perquisition du hangar et du bâtiment principal

¹⁸ Sur les lieux protégés, voy. J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 56; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, vol. II, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 283-285.

était irrégulière. Conformément à la jurisprudence « Antigoon », elle releva ensuite qu'aucune sanction spécifique de pareilles irrégularités ne figurait dans la loi, que ces irrégularités n'avaient pas entaché la fiabilité des constatations effectuées par les policiers, et qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit à un procès équitable puisque les droits de la défense avaient pu s'exercer dans le respect du contradictoire. Dans son appréciation, la cour d'appel a pris en considération la circonstance que la gravité des infractions constatées à la suite de cette perquisition dépassait de loin celle des irrégularités commises par les policiers dans l'obtention de la preuve. Soulignons que ce sont exclusivement les éléments de preuve recueillis à l'occasion de cette opération de la police, par ailleurs reconnue irrégulière par la cour d'appel, qui ont fondé la condamnation du requérant.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le requérant, lequel invoquait la violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne.

Le dénommé Lee Davies déposa ensuite une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le grief tiré de la violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme incrimine la jurisprudence de notre Cour de cassation en matière de preuves irrégulières de violer le droit à un procès équitable.

4. La portée de l'arrêt commenté doit être d'emblée précisée. Ainsi, la Cour européenne a pris soin de rappeler (§ 41) sa jurisprudence constante¹⁹ selon laquelle elle n'a pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines catégories d'éléments de preuve. En effet, aucune disposition de la Convention ne traite expressément de la matière des preuves; c'est, au premier chef, au droit interne qu'il revient de régler le sort des preuves irrégulières²⁰. En revanche, dans l'examen du respect des droits et libertés protégés par la Convention européenne, la Cour joue toutefois un rôle important en ce qu'elle examine si la procédure, dans sa globalité, a été équitable, en ce compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis. C'est dès lors sous l'angle du principe de l'équité procédurale que la Cour européenne a pu statuer sur l'admissibilité des preuves irrégulières.

¹⁹ C.E.D.H., *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, *Série A*, n° 140, §§ 45-46; F. KUTY, « Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise », *J.L.M.B.*, 1998, pp. 986-987, 1999, pp. 589-590, 2000, p. 854, 2001, pp. 684-686, 2002, pp. 586-588, 2003, p. 506, 2004, pp. 331-333, 2006, p. 418; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 1054-1055.

²⁰ C.E.D.H., *Schenk c. Suisse*, *op. cit.*, § 45; C.E.D.H., *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, *Recueil*, 1998-IV, § 34, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1149, obs. F. KUTY; C.E.D.H., *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, 11 juillet 2006, §§ 94-96 (une violation du droit à un procès équitable a été reconnue à la suite de l'utilisation, à titre de preuve d'une infraction en matière de stupéfiants, de drogues obtenues grâce à l'administration de force d'un émétique en méconnaissance de l'article 3 de la Convention; en outre, une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a également été constatée par la Cour européenne); C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, *op. cit.*

5. Selon la juridiction strasbourgeoise, qui rappelle à cet égard sa jurisprudence antérieure²¹, l'appréciation du caractère équitable de la procédure, considérée dans son ensemble, consiste à se demander si les droits de la défense ont été respectés, et notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester les preuves irrégulièrement obtenues, que ce soit pour remettre en question leur authenticité ou pour s'opposer à leur utilisation.

L'appréciation de l'équité de la procédure se fonde également sur la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Sur ce point, rappelons que, dans le même sens, la Cour de cassation a précisé que lorsque l'irrégularité avec laquelle une preuve est recueillie entache sa fiabilité, il y a lieu de l'exclure.

La Cour européenne, dans l'appréciation du caractère équitable de la procédure, accorde encore une importance toute particulière à la solidité de la preuve: «si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre» (§§ 42 et 52²²). De là à conférer une «toute-puissance» aux éléments de preuve qui suffisent, à eux seuls, à fonder la culpabilité d'un prévenu, peu importe leur régularité, n'y aurait-il qu'un pas?

Soulignons que, dans d'autres arrêts²³, la Cour européenne avait aussi précisé que le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. Ce mode d'appréciation de l'équité de la procédure rejoint l'un des critères dégagés par la Cour de cassation, à savoir le fait que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation. En d'autres termes, le juge a notamment égard à la proportionnalité des intérêts en cause. Cependant, comme l'a rappelé la Cour, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures qui videraient de leur substance les droits de la défense du requérant.

La juridiction strasbourgeoise a ensuite fait application de ces principes au cas d'espèce. Elle a d'abord relevé que les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été recueillis ne font aucunement douter de leur fiabilité ou de leur exactitude. Elle a ensuite ajouté que le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester, devant les trois degrés de juridiction de l'ordre interne, les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation. La Cour a

21 Voy. not. C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, *op. cit.*, § 86, citant aussi C.E.D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, 12 mai 2000, *Rec.*, 2000-V, pp. 305 et s., §§ 35 et 37, et C.E.D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, 5 novembre 2002, *Rec.*, 2002-IX, pp. 65 et s., § 43.

22 C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, *op. cit.*, § 86, citant aussi C.E.D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§ 35 et 37, et C.E.D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 43.

23 C.E.D.H., *Jalloh c. Allemagne*, *op. cit.*, § 97; C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, *op. cit.*, § 87.

conclu que les éléments de preuve recueillis de manière irrégulière n'avaient pas porté atteinte aux exigences du procès équitable.

La Cour européenne, à l'unanimité des juges composant la chambre, a dès lors considéré que le bien-fondé de l'accusation pénale contre Lee Davies a été examinée équitablement, conformément à ce que requiert l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Cet arrêt est devenu définitif le 28 octobre 2009, aucun renvoi n'ayant été demandé devant la grande chambre.

6. L'arrêt «Lee Davies» diffère d'autres cas de jurisprudence de la Cour européenne, car, en l'espèce, les preuves avaient été obtenues d'une façon irrégulière mais jugée par la juridiction strasbourgeoise comme étant non contraire à l'article 8 de la Convention européenne.

Attardons-nous quelque peu sur l'examen de la jurisprudence de la juridiction strasbourgeoise²⁴ qui fait apparaître l'absence de corrélation entre la violation du droit à la vie privée²⁵ lors de l'administration de la preuve et la garantie du droit à un procès équitable.

Dans de nombreux arrêts, la Cour européenne a considéré qu'une preuve recueillie en méconnaissance du droit au respect à la vie privée n'est pas nécessairement incompatible avec le droit à un procès équitable²⁶, concluant à la non-violation de l'article 6 de la Convention au motif que le requérant avait eu la possibilité de contredire ces preuves.

C'est ainsi que dans un arrêt «Heglas» du 1^{er} mars 2007²⁷, la Cour européenne a constaté une violation de l'article 8 de la Convention dans le cas de preuves recueillies à la suite de l'interception de conversations téléphoniques, notamment grâce à l'utilisation d'un appareil d'écoute installé sur le corps de l'amie d'une personne suspectée d'avoir participé à un vol. La Cour n'a toutefois pas considéré qu'il y avait eu une atteinte au droit à un procès équitable. Elle a motivé ce constat par la considération que le principe du contradictoire avait été respecté (§ 89), le fait que les moyens de preuve litigieux n'auraient pas constitué les éléments uniques ayant forgé l'intime conviction du tribunal (§ 90)²⁸, et enfin la circonstance que l'utilisation de cet élément de preuve visait l'auteur d'une infraction grave (§ 91). De même, dans les arrêts «Khan»²⁹ et «P.G. et J.H.»³⁰, nonobstant l'atteinte reconnue à l'article 8 de la Convention du fait de l'emploi d'appareils d'écoute secrète, l'admission comme preuve d'informations recueillies de cette façon n'a pas été jugée contraire aux exigences d'équité posées par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention

²⁴ C.E.D.H., *Bykov c. Russie*, n° 4378/02, 10 mars 2009 ; C.E.D.H., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, 25 septembre 2001.

²⁵ Peu importe que la violation de l'article 8 de la Convention résulte du non-respect de la loi interne ou de la Convention.

²⁶ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 1056.

²⁷ C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, op. cit.

²⁸ Voy. dans le même sens C.E.D.H., *Bykov c. Russie*, op. cit., § 98.

²⁹ C.E.D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, op. cit. ; C.E.D.H., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 25-28.

³⁰ C.E.D.H., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 37-38.

européenne. Et, pourtant, dans l'affaire Khan, l'enregistrement magnétique était la seule preuve à la charge du requérant.

Plus récemment, dans un arrêt «Bykov» rendu par la Grande Chambre le 10 mars 2009, la Cour européenne, a jugé une preuve (provenant d'une opération secrète) contraire à l'article 8 de la Convention en raison de l'absence de légalité de cette preuve. Elle a cependant estimé que la procédure, considérée dans son ensemble, n'a pas méconnu les exigences d'un procès équitable; elle s'est principalement appuyée sur la considération que les droits de la défense n'avaient pas été méconnus; elle a aussi relevé que la condamnation du requérant n'a pas été fondée uniquement sur les preuves recueillies au moyen de l'opération secrète; d'autres éléments décisifs venaient confirmer ces preuves.

Nous nous rallions à la critique de cette jurisprudence³¹, notamment aux opinions dissidentes formulées, l'une par le juge Loucaides sous l'arrêt «Khan»³², l'autre par la juge Tulkens sous l'arrêt «P.G. et J.H.»³³⁻³⁴. Comment assurer une protection effective des droits garantis par la Convention si l'on admet des preuves irrégulières jugées contraires à d'autres dispositions de la Convention? Comment dissuader les forces de police de recourir à des moyens de preuve illégaux si, *in fine*, la procédure ayant mené à une condamnation fondée sur ces éléments passe tout de

³¹ «Le raisonnement de la Cour heurte tout d'abord le principe classique de l'interprétation holistique de la Convention: une disposition de celle-ci ne saurait autoriser ce qu'une autre prohibe» (S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 125).

³² «Je ne saurais admettre qu'un procès puisse être 'équitable' au sens de l'article 6 si la culpabilité d'un individu relativement à une infraction est établie au moyen d'éléments de preuve obtenus en violation des droits de l'homme garantis par la Convention; (...) je ne vois aucune raison de se montrer, lors de l'examen de l'équité d'un procès, indulgent envers un État qui a ratifié la Convention mais ne l'a pas incorporée à son ordre interne» (opinion en partie concordante et en partie dissidente de M. le juge Loucaides, sous C.E.D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*).

³³ «L'équité suppose le respect de la légalité et donc aussi, a fortiori, le respect des droits garantis par la Convention dont précisément la Cour assure le contrôle (...); s'il n'appartient (...) pas à la Cour de se prononcer par principe sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve – par exemple des preuves obtenues de manière illégale, en revanche, il en va autrement lorsque, comme en l'espèce, la preuve a été recueillie en violation d'un droit garanti par la Convention dans la mesure précisément où la Cour doit s'assurer, s'agissant de l'administration de la preuve, le respect des engagements résultant de la Convention par les États contractants» (opinion en partie dissidente de Mme la juge Tulkens, sous C.E.D.H., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, *op. cit.*).

³⁴ Voy. aussi l'opinion concordante du juge Cabral Barreto, sous C.E.D.H., *Bykov c. Russie*, *op. cit.* (proposant une solution s'éloignant d'un constat automatique de violation de l'article 6, une fois constatée la violation de l'article 8; «le constat de violation ou de non-violation dépendra des circonstances particulières du cas d'espèce, de la mise en balance des valeurs protégées par le droit interne et la Convention et celles qui sont en cause dans une action pénale; il est vrai que cette solution affaiblirait la notion de procès équitable, notion qui, de plus, deviendrait à géométrie variable (...)»).

même pour équitable, nonobstant la violation d'autres droits garantis par la Convention³⁵⁻³⁶ ?

Nous partageons aussi l'opinion en partie dissidente du juge Spielmann³⁷, sous l'arrêt «Bykov», à laquelle se sont ralliés les juges Rozakis, Tulkens, Casadevall et Mijovic. Il n'a pas souscrit à la conclusion de non-violation de l'article 6 de la Convention dans cette affaire.

Le juge Spielmann a regretté l'occasion manquée par la Cour d'apporter une réponse de principe en ce qui concerne l'utilisation dans un procès de preuves illégales et le renforcement des droits concrets et effectifs: «La question de l'admission dans le cadre de la procédure pénale des éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8 est une question de principe qui aurait mérité une réponse de principe, notamment en ce qui concerne la nécessité d'assurer une cohérence entre le constat de la Cour sur le terrain des deux articles de la Convention (ce qui est interdit au regard de l'article 8 ne peut pas être autorisé sous l'angle de l'article 6) et en ce qui concerne la nécessité de souligner l'importance des droits en jeu protégés par l'article 8 (eu égard à la tendance croissante de recourir à des méthodes d'enquête illégales, en particulier dans le cadre de la lutte contre le crime et le terrorisme)».

7. Lorsque c'est en méconnaissance de l'article 3 de la Convention, interdisant la torture et les traitements inhumains ou dégradants, que la preuve pénale a été recueillie, la Cour européenne reconnaît alors une violation du droit à un procès équitable³⁸. En effet, la Cour a jugé que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention. De même, la Cour européenne a jugé contraire au procès équitable

³⁵ Toutefois, il y a lieu de préciser qu'il existe certains mécanismes dissuasifs à l'égard de ces policiers (sanctions disciplinaires, le cas échéant poursuites pénales – par exemple en cas de violation du domicile, ...), outre les éventuels dommages et intérêts qui pourraient être postulés, sur le plan civil, par ceux qui auraient subi un dommage du fait de la faute reprochée aux policiers.

³⁶ Notons que dans l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2008 (Cass., 23 septembre 2008, *T. Straffr.*, 2009, p. 151, note F. SCHUERMANS), la Cour semble reconnaître que la jurisprudence «Antigoon» ne constitue pas une carte blanche pour des verbalisateurs qui commettraient une erreur non intentionnelle, mais inexcusable. Cet arrêt est à mettre en rapport avec l'arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 2006 (Cass., 31 octobre 2006, *op. cit.*), concernant la commission intentionnelle de l'acte illicite comme circonstance pour l'appréciation de la recevabilité de la preuve.

³⁷ Opinion en partie dissidente du juge Spielmann, à laquelle se sont ralliés les juges Rozakis, Tulkens, Casadevall et Mijovic, sous C.E.D.H., *Bykov c. Russie*, *op. cit.* Le juge Spielmann a estimé que la question du droit à un procès équitable se pose sous deux aspects: l'admission dans le cadre de la procédure pénale des éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8, et du droit au silence et de ne pas s'auto-incriminer.

³⁸ C.E.D.H., *Jallob c. Allemagne*, *op. cit.*; C.E.D.H., *Göçmen c. Turquie*, n° 72000/01, 17 octobre 2006.

la preuve recueillie à la suite d'une provocation policière³⁹ ou en méconnaissance du droit au silence⁴⁰.

Nous pouvons nous interroger sur la hiérarchie instaurée par la Cour dans les droits reconnus par la Convention. Ainsi, si la méconnaissance du droit à un procès équitable est reconnue en cas d'irrégularité de la preuve entachant un droit considéré comme fondamental, d'autres violations (par exemple du droit au respect à la vie privée⁴¹) sembleraient admises sous l'angle du droit au procès équitable ... Comme le faisait observer le juge Spielmann dans son opinion en partie dissidente, la Convention devrait s'interpréter comme un tout cohérent, et cela de manière à garantir des droits concrets et effectifs⁴².

8. Dans l'arrêt «Lee Davies», la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir avalisé, sous l'angle du droit à un procès équitable, l'évolution de la jurisprudence belge en matière de preuves irrégulières⁴³.

Les craintes que nous ont inspirées cette jurisprudence de la Cour de cassation depuis l'arrêt «Antigoon» ne s'en trouvent dès lors que ravivées à la suite de l'arrêt commenté de la Cour européenne des droits de l'homme. Notre cour suprême ne va-t-elle pas voir, dans le constat de non-violation de l'article 6 de la Convention, une sorte de «bénédiction» strasbourgeoise quant au bien-fondé de sa jurisprudence? Et pourtant, les questions demeurent ...

Rappelons le nécessaire équilibre que nos sociétés démocratiques se doivent de trouver entre le respect des droits individuels qu'elles défendent et les nécessités de la répression. Indépendamment de ses performances probatoires, la qualité de la preuve ne mériterait-elle pas également d'être mesurée à l'aune de la loyauté avec laquelle elle est recueillie?

³⁹ C.E.D.H., *Teixeira de Castro c. Portugal*, *op. cit.*

⁴⁰ C.E.D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 52 (l'admission au procès de preuves obtenues au moyen de l'intervention d'un informateur peuvent passer, selon la Cour européenne, pour avoir été obtenues contre le gré du requérant et l'utilisation qui en a été faite au procès a porté atteinte au droit de l'intéressé de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination; une violation de l'article 6, § 1^{er}, a dès lors été constatée par la Cour); C.E.D.H., *Heglas c. République tchèque*, *op. cit.*, § 87: «(...) les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant, y compris celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination garanti par l'article 6 de la Convention».

⁴¹ Une ingérence dans le droit au respect de la vie privée est admise si elle répond aux conditions de l'article 8, § 2, de la Convention européenne, c'est-à-dire d'être prévue «par la loi», et de constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Sur la notion de domicile au sens de l'article 8 de la Convention européenne, voy. G. BOURDOUX, S. COISNE, «Le pouvoir de perquisition des officiers de police judiciaire sur la base de la loi en matière de stupéfiants», *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 921-925.

⁴² Opinion en partie dissidente du juge Spielmann, à laquelle se sont ralliés les juges Rozakis, Tulkens, Casadevall et Mijovic, sous C.E.D.H., *Bykov c. Russie*, *op. cit.*

⁴³ Voy. F. SCHUERMANS, «Antigoon-rechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid?», note sous C.E.D.H., *Lee Davis c. Belgique*, 28 juillet 2009, *R.A.B.G.*, 2010, pp. 17-24.

Par ailleurs, n'est-ce pas au législateur qu'il reviendrait de légiférer sur cette matière des preuves irrégulières⁴⁴? La large marge d'appréciation laissée au juge, qui est par ailleurs mise en avant par la Cour européenne, est-elle compatible avec le principe de sécurité juridique?

Nous rejoignons Benoît Dejemeppe lorsqu'il écrit que «tant du point de vue de la sécurité juridique que de la légitimité, il est donc nécessaire que le législateur rouvre le chantier de la preuve pénale; la réforme de la procédure pénale en cours sera, on l'espère, l'occasion de préciser les choix à faire»⁴⁵.

Pour notre part, nous pensons que le caractère équitable d'une procédure, au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne, devrait pouvoir s'apprécier non seulement en vérifiant le respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes mais aussi en s'assurant que les droits et libertés individuels garantis par d'autres dispositions de ladite Convention n'ont pas été bafoués lors de l'administration de la preuve.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt «Manon» du 2 mars 2005⁴⁶, l'avocat général Damien Vandermeersch avait souligné l'importance de fixer des balises supplémentaires à cette jurisprudence «Antigoon» en ce qui concerne la violation des droits et libertés fondamentaux: «il est (...) des libertés et des droits fondamentaux dont on ne peut relativiser les violations sous peine de les banaliser: dans ces hypothèses, seule l'exclusion de la preuve peut venir sanctionner adéquatement l'irrégularité commise. Je songe ici notamment à la preuve recueillie suite à une perquisition ou une écoute illégale, à la preuve obtenue en violation du secret professionnel, du droit au silence ou des droits de la défense et à la preuve qui n'a pas été soumise au principe du contradictoire. Comme la protection de ces droits ne s'identifie pas nécessairement au droit à un procès équitable, il me paraît essentiel de poser ici une balise supplémentaire: la preuve devrait être exclue en cas de violation des libertés et droits fondamentaux lorsque la valeur protégée (secret professionnel, inviolabilité du domicile, ...) représente, dans une société démocratique, une valeur supérieure à celle de l'efficacité de la justice pénale (...).

⁴⁴ Le législateur lui-même devrait préciser les cas pouvant donner lieu à la sanction de nullité d'une preuve illégale et arrêter les conditions dans lesquelles le juge pourrait déclarer recevable une preuve entachée d'irrégularité (Ch. DE VALKENEEER, «Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation», obs. sous Cass., 2 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 695).

⁴⁵ B. DEJEMEPE, «Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développement récents», *La preuve. Questions spéciales*, C.U.P., Liège, Anthémis, vol. 99, 2008, p. 74. Voy. aussi en ce sens Ch. DE VALKENEEER, «Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 695; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, vol. I, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 71; F. KUTY, «Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 98.

⁴⁶ Conclusions de Monsieur l'avocat général Damien VANDERMEERSCH, sous Cass., 2 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, pp. 675-676. L'avocat général n'a malheureusement pas été suivi sur ce point par la Cour de cassation.

Les preuves pénales recueillies en contradiction avec le respect au droit à la vie privée, ou à la suite de la commission d'une infraction nous sembleraient devoir être exclues⁴⁷, plus particulièrement encore lorsqu'elles influencent de manière décisive le verdict de culpabilité.

Nathalie COLETTE-BASECQZ,
chargée de cours (F.U.N.D.P. de Namur, Académie universitaire «Louvain»),
membre du centre de recherche PROJUCIT (Protection Juridique du Citoyen),
avocat au Barreau de Nivelles

⁴⁷ Voy. aussi M.-A. BEERNAERT, «La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites», *op. cit.*, p. 1108.